

中国法制史考证续编 第二册

杨一凡 主编

律注文献丛考

张伯元 著

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国法制史考证续编

第二册

杨一凡 主编

律注文献丛考

张伯元 著



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

律注文献丛考 / 张伯元著. —北京: 社会科学文献出版社, 2009. 8

(中国法制史考证续编; 第二册)

ISBN 978-7-5097-0821-7

I. 律… II. 张… III. ①法律解释-研究-中国-古代
②法学-研究-中国-古代 IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 104747 号

自序

有法律必定有律注。

律注，指的是古代法典的注及疏，它是我国古代法律解释学、古代律学的重要组成部分。

古代统治者对律注的编纂相当重视。以唐律“律疏”为例，永徽之初，唐高宗就下了诏书，组织了以长孙无忌为首的19人的写作班子参撰“律疏”。诏书中说：“律学未有定疏，每年所举明法，遂无凭准。”从统治者的角度看，编撰“律疏”除了让司法官员正确把握律意外，还为科举考试提供了读律范本，有助于选拔人才。明太祖制定《大明律》，在《大明律·公式》“讲读律令”条目下，要求百司官吏熟读讲明律意，如果不晓律意就要受到罚俸、笞刑或降级的处罚。还规定只要是能熟读讲解、通晓律意的人，如果犯过失或连累致罪，可以免罪一次。

秦的《法律答问》，汉的“汉律说”，晋张斐的注律表，唐律的“疏议”和《唐律释文》及《律附音义》，明清律的“集解”都是传存于世的律注资料，研究古代律学和法制的历史不能不对它们予以关注。

以往我们比较多的关注律令和判例，这无疑是必要的，但是对律令和判例的深入理解，少不了对律注的研究。比如说，明代

解释法律的书很多，但始终没有产生像唐律那样整齐划一的“疏议”，为什么？张楷的《律条疏议》是一部写作严谨的明律解释书，但是并未得到官方的认可，只能算是一部私人的律学著作。其中除了政治原因外，主要的还是因为在法律的解释上存在分歧，各自以为正，众口难调。究竟在理解律意上有哪些分歧意见，对明代律例的实际运作产生怎样的影响，就很值得研究。

又比如，嘉靖年间，《大明律释义》的作者应槲曾竭力主张编写明律的解释书，他说“……纂集成书，待圣心裁定之后，颁示天下，使政出划一，官有定守。开卷而意义了然，虽有玩法之臣不敢随意讲解、任情引用，庶几轻重出入各当其情，而小民无知者亦得晓知其义，易避而不敢犯矣。”他为编写法律解释书如此焦思竭虑，是什么原因？因为他录囚江南九州一府，亲眼目睹了司法官员缪戾舛错、冤情不断的社会现状，有深切的实际体验。在他的“疏稿”中有具体的例证说明这一点。当然出现这种“天下大势如人衰病已极”的状况，其原因不只是法律解释书是否编写的问题，但毫无疑问法律解释书的编写对腐败的司法能起到一定的抑制作用。其中，法律解释与实际案例的对照分析，正是应槲提出的一个值得探讨的课题。

许多法律解释书长期被尘封着，如今要打开书篋，拂去它的积尘，又有什么现实意义？我经常受到这样的诘问。的确，我们生活在现实世界里，总得要研究点有用的东西，柴米油盐酱醋茶，加上精神食粮，一样都不能少。提问者的出发点是十分美好的。问题是是否有用、是否有现实意义理当在调查研究之后才能得出。我们不能奢望，古人为我们留下的精神财富全是精华，其中也必然夹杂糟粕，鱼目混珠，泥沙俱下，关键在于我们的识见和取舍。即使是精华的东西，也还有一个消化的问题，如果囫圇

吞枣，食古不化，效果适得其反，劳而无功。

《律注文献丛考》全书 22 篇，大致分为五个部分：一、秦汉时期的律注文献考证；二、魏晋、唐代律注文献考证；三、明代律注文献考证；四、刑法书目及清代律注文献考证；五、有关律令及法律用语的考证。

我读书很有限，存世的律注文献又不能尽读，选择考证的对象往往任凭自己的好恶。不仅如此，而且考证的写作角度和评述方法都是随文行事，难免有琐碎丛杂之弊，诚请博雅指教。

2007 年 10 月

于华苑小区求己斋

作者简介



张伯元 男，1942 年生，江苏无锡人。华东政法学院法律史研究中心、法律古籍整理研究所研究员。曾担任华东政法学院法律古籍整理研究所副所长、基础部副主任等职。主要从事中国古代法律文献的整理和法律制度史的研究。在明代条例的整理和研究

方面，发表了《〈条例全文〉残卷考略》、《〈皇明条法事类纂〉与〈条例全文〉的比较考述》等论文，出版了《皇明弘治六年条例》等整理成果；为建立法律历史文献学这门学科积极探索，出版专著《法律文献学》（浙江人民出版社 1999 年 8 月出版，获司法部优秀成果三等奖）；发掘、考证新出土的法律文献和法律史资料，出版专著《出土法律文献研究》（商务印书馆 2005 年 6 月出版）；致力于古代法律文献中注疏的系统考察，撰写专著《律注文献丛考》一书，为我国古代法律解释学、古代律学的研究展示了一个崭新的视角。

目 录

一	《法律答问》与“秦律说”	(1)
	(一) “秦律说”及其特点	(2)
	(二) 司法实践中的法律解释	(8)
	(三) 法律解释的方法	(11)
	(四) 《法律答问》所揭示的秦律特点	(16)
	(五) 结语	(19)
二	古代判例考略	(21)
	(一) 古代判例概况	(21)
	(二) 古代判例发微	(46)
三	问答式律注考析	(56)
	(一) 问答文关系图试译之后	(57)
	(二) 《春秋决狱》不起承上启下的作用	(59)
	(三) 《法律答问》与《春秋决狱》的不同	(62)
	(四) “当何罪论”的本意	(66)

四	“汉律说”佚文辑考	(71)
	(一) 史注中的汉律说佚文	(72)
	(二) 简牍中的汉律说佚文	(78)
	(三) 《汉仪注》中的汉律说佚文	(79)
	(四) 古字书中的汉律说佚文	(81)
	(五) 张斐《律注表》中所谓的汉律说佚文	(82)
	(六) 结语	(84)
五	《春秋决狱》考续貂	(85)
	(一) 书名、篇数	(86)
	(二) 作者	(89)
	(三) 佚文的体式和内容	(94)
	(四) 应劭《春秋》断狱的佚文	(98)
	(五) 《春秋决狱》体式的成型和影响	(102)
六	如淳注律考述	(106)
	(一) 如淳注引律令	(106)
	(二) 如淳注引汉官仪	(110)
	(三) 如淳注中的法律术语解释	(113)
	(四) 如淳注引案狱实例	(115)
七	汉晋律序考	(117)
	(一) 《律序》非律注表	(117)
	(二) 《律序》佚文	(124)
	(三) 汉晋律序的遗文在《晋志》中	(127)
	(四) 何谓“汉晋”的问题	(130)

八	《唐律》律注文献校考	(133)
	(一)《唐律疏议》中的双行“小注”为宋人错入	(134)
	(二)《律附音义》保存了较现存《唐律疏议》为早的注	(139)
	(三)《唐律释文》实际上是“刑统释文”	(142)
九	《朱元璋传》所引律例及其“句解”考	(149)
	(一)所引律	(150)
	(二)所引例	(153)
	(三)所引“句解”	(156)
	(四)结语	(160)
十	《律解辩疑》所引“疏议”、“释文”校读记	(161)
	(一)《律解辩疑》所引“疏议”校读	(161)
	(二)《律解辩疑》所引“释文”校读	(166)
	(三)《律解辩疑》的序和跋	(169)
十一	明代司法解释的指导书	
	——《大明刑书金鉴》	(172)
	(一)明抄本《大明刑书金鉴》	(172)
	(二)《金鉴》是怎样的一部书?	(173)
	(三)《节要》是怎样的一部书?	(179)
	(四)抄本编写于何时?	(182)
十二	张楷《律条疏议》考	(186)
	(一)书名及版本	(186)
	(二)作者生平	(190)
	(三)《律条疏议》的内容	(191)

(四) 深远影响	(201)
十三 陆柬《读律管见》辑考	(205)
(一) 律注文献中所涉《管见》	(206)
(二) 《管见》中所涉律注文献	(208)
(三) 《管见》的写作时间及其遗存	(209)
(四) 《管见》考析	(211)
附:《读律管见》辑存	(220)
十四 应橧撰《大明律释义》之动因考	(239)
(一) 动因之一: 维护“律”的权威和“例”的 严肃性	(240)
(二) 动因之二: 指导司法实践	(245)
(三) 动因之三: 主张法律解释的统一	(249)
十五 《大明律例》考略	(252)
(一) 《大明律例》的现存刊本	(252)
(二) 《大明律例》的体例	(255)
(三) 所引注家	(257)
(四) 王藻本中的“按语”	(259)
(五) 王藻本《大明律例》的编纂背景	(262)
(六) 附考	(264)
十六 《大明律集解附例》“集解”考	(267)
(一) 《大明律集解附例》的版本及“纂注”	(268)
(二) “集解”之所指	(269)

(三) 《大明律例》所引“集解”	(271)
(四) 《大明律集解附例》“集解”所引书	(272)
(五) “集解”释文的特点	(275)
附:《大明律集解附例》“纂注”引书辑录	(278)
十七 《明史·艺文志》“刑法类”书目考异	(282)
(一) 《大明律》三十卷、《更定大明律》三十卷	(283)
(二) 何广《律解辩疑》三十卷	(284)
(三) 顾应祥《重修问刑条例》七卷、舒化	
《问刑条例》七卷、《刑书会据》三十卷	(287)
(四) 刘惟谦《唐律疏义》十二卷	(288)
(五) 张楷《大明律解》十二卷	(288)
(六) 范永奎《大明律例》三十卷	(290)
(七) 孙存《大明律读法书》三十卷	(291)
(八) 王樵《读律私笺》二十四卷、王肯堂	
《律例笺解》三十卷	(292)
(九) 陆柬《读律管见》	(294)
(十) 王之垣《律解附例》八卷	(294)
(十一) 苏祐《法家哀集》一卷	(296)
(十二) 《大明律直引》	(296)
(十三) 《大明律讲解》	(298)
十八 《读律佩觿》引注校考	(300)
(一) 《读律佩觿》及其作者	(300)
(二) “八字广义”注	(302)
(三) 《金科一诚赋》注	(306)

(四) “名例”的解释	(311)
(五) 对大清律律注的斟酌	(313)
十九 东周刑书考略	(317)
(一) 刑书解说	(317)
(二) 东周的刑书	(320)
(三) 东周刑书的特点	(335)
二十 “秦令”考	(340)
(一) 从“令”说起	(340)
(二) “令”与诏令	(341)
(三) “令”作为法律规范的一种基本形式起于何时	(342)
(四) “秦令”在诏令的律令化进程中	(345)
(五) 再说令的起源及其补律功能	(348)
(六) 结语	(349)
二十一 关于“田律”若干问题的再探讨	(350)
(一) “田律”的内容问题	(351)
(二) 置“封”的作用问题	(353)
(三) 汉代有无“封”的问题	(358)
(四) 对畜夫、吏主失职的处罚问题	(360)
(五) 开阡陌与井田制的关系问题	(361)
二十二 尹湾汉牒中法律用语解说	(367)
(一) 捕格	(367)

(二) 亡徒	(369)
(三) 群盗	(370)
(四) 不道	(371)
(五) 捕斩	(373)
(六) 罚戍	(374)
(七) 徒民	(375)
(八) 上邑计	(377)
(九) 劾	(378)
(十) 贼	(380)
(十一) 故事	(381)

一 《法律答问》与“秦律说”

云梦睡虎地秦墓竹简中的《法律答问》（以下简称《答问》）是我国法律解释学史上的开山之作。《答问》对秦律某些条文、术语以及律文的律意做出解释，为后代的法律解释提供了丰富而宝贵的经验，为我国法律解释学史的发展奠定了坚实基础。

《答问》计简 210 支，内容共 187 条。在竹简整理小组的说明中称：由于竹简已经散乱，整理时就按《法经》的《盗》、《贼》、《囚》、《捕》、《杂》、《具》六篇的次第排列，简文中可能是秦律律文的文句用双引号标出。而且，整理者认为：《答问》决不会是私人对法律的任意解释，在当时应具有法律效力。

睡虎地秦墓墓主喜在秦始皇时期曾任安陆令史、安陆御史、鄢令史等职务，在鄢还亲自审理过案件。喜是一个从事法律工作的官吏，职位不高，却专事实务。他生前抄录或请人抄录的法律文件都是为了实际应用。的确，无论是所选录的法律条文、法律解释，还是办案实例、司法检验，都具有很高的实用价值。从实

用的角度出发,《答问》可看作是对秦律所作的司法实践的解释。^①

(一)“秦律说”及其特点

李学勤先生认为《答问》类似于汉代的“律说”,所以他提出也可以把《答问》看成“秦律说”。这一提法从法律解释的角度看,是合适的。《答问》自有其为法律解释所做出的开山之功。

1. 法律术语的解析

法律术语的解释在《答问》中占有相当大的比重,可见当时对法律解释的重视程度。自第186简至第210简都是术语解释。将术语解释放在答问的最后,很显然这是竹简整理小组按“六法”顺序排列之后,剩下的术语在较难明确归目的情况下所作的变通办法。除这25枚简纯粹是解释法律术语的之外,排列在“六法”内的各条答问中,也对涉及的法律术语作了解释。经粗略统计,《答问》中作了解释的术语共有71条条目。一般在所要解释的术语之前冠以“何谓”一词,提示解答。

① 秦墓竹简整理小组在“说明”中称:秦自商鞅变法,实行“权制独断于君”。竹简整理者在“说明”中说:“(秦)主张由国君制订统一政令和设置官吏统一解释法令。”此句原文出自于《商君书·修权》。原句为:“人主失守则危,君臣释法任私必乱,故立法明分而不以私害法则治。权制断于君则威,民信其赏则事功成,〔不〕信其刑则奸无端。”这是针对治国的手段——立“法”、守“信”和用“权”所作的论述,反映了商鞅及其后学者的法家思想。这里说的“权制(独)断于君”有两点值得斟酌:一是即使实指商鞅变法时期所制的律,那也是旧律;尽管秦昭王之后也同样由君王制订统一政令,但这是新律(融合部分旧律),不同于商鞅时期制订的律。二是原句中虽然有“君臣释法任私必乱”一句,但是“释,犹去也”,释法是放弃法制的意,与解释法律无关。“(独)断”指的是律的制订,也不包括法律解释在内,不能把独断的“断”理解为解释,说“设置官吏统一解释法令”是任意增加了“释”和“断”的内涵。不能断然说秦称王以后的立法机关即当时的官方承担了这项旧律的解释任务。

当然，我们所说的法律术语其含义是宽泛的；因为从严格意义上来说有些语词并不属于法律术语。例如第176简“何谓夏？欲去秦属是谓夏。”夏，是华夏民族的称呼。第200简“何谓旅人？寄及客是谓旅人。”外来做客、寄居外乡的人统称旅人。其中较多的则是难以理解的古词和含有特定意义的法律词语，例如第193简中的“集人”、第192简中的“爨人”。据此，有人认为这一类古词的法律本文，是更早时期制定的。这类古词不作解释，后人就不易明白。

又如，第76简中的“牧”、第82简中的“提”都包含有确定的法义。“何谓牧？欲贼杀主，未杀而得为牧。”其实，“牧”通谋，是一种企图，是一种尚未实现的阴谋。“拔人发，大何如为提？知以上为提。”说的是斗殴中拔掉了他人的头发，被拔掉头发的人有知觉以上就叫做“提”。看来将这类术语的法义解释清楚对判罪量刑尺度的掌握是十分关键的。

由此可见，法律文本中的术语是必须解释清楚的，即使是一般的日常用语，它们用在法律文本中，其解释也同样重要，以至于对古代法律文本中沿用下来的法律术语和一般语词的解释，从法律的延续性以及把握它的发展变化来说，也不可或缺。

秦律对法律术语解释的高度重视，表明秦人充分认识到法律文本及其表述的重要性；解释语词又能与一般用语的解释相区别，确切反映它们特定的法律含义，从中可以看出秦代人对法律律意的理解是深刻的，其运用且得心应手。它不仅对我国汉语语汇学有重要影响，而且，纵观我国两千年法律解释学的历史发展，《答问》对汉代乃至整个封建时代法律解释的影响则更显广泛而且深入。